



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.096 - MG (2010/0049273-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente integra organização criminosa, não incide a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Para se concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Tendo a reprimenda final permanecido em 5 anos de reclusão, incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, bem como o regime inicial aberto.

4. Condenado o paciente por tráfico de 65,84g de cocaína, acondicionada em 103 invólucros plásticos e mais 101 invólucros plásticos contendo 64,83g de cocaína, o regime adequado à espécie é o fechado.

5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.096 - MG (2010/0049273-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de RENATO RODRIGUES DE SOUZA, apontando como autoridade coatora a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal nº 1.0271.09.128740-6/001).

Narra a impetração que o Paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos. Eis a ementa do acórdão (fl. 75):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. TRAFICANTE VICIADO. IRRELEVÂNCIA. Comprovadas a autoria, a materialidade e evidenciada a finalidade mercantil da droga arrecadada, deve ser mantida a condenação do acusado pelo tráfico de entorpecentes. Ainda que demonstrada a condição de usuário/dependente, tal fato não tornaria o acusado inapto para o crime de tráfico, vez que o sujeito viciado em droga também pode ser traficante, especialmente quando grande quantidade de substância entorpecente é apreendida em seu poder.

Dá o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Sustenta que não existe em nosso ordenamento jurídico a definição de atividade criminosa, cuidando-se, pois, de “um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso” (fl. 8), motivo pelo qual cabe ao legislador defini-la, não ao Magistrado.

Destaca que “o fato de o juiz de primeiro grau ter tido informações de que o paciente possui dívidas com o PCC, informações estas colhidas no depoimento dos policiais militares, não pode ter o condão de levar à afirmação de que o mesmo tenha participação em atividade criminosa e, o que é pior, impedir a aplicação do benefício em questão” (fl. 9).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta que o paciente é primário, possui bons antecedentes, “inexistindo dados hábeis (e concretos) a aferir se pertence a organização criminosa, pelo que se deve presumir que não” (fl. 9).

Defende que a redução deve ser realizada na fração máxima, ou seja, 2/3 (dois terços).

Reduzida a pena, aduz que a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Afirma que, “aplicado ao paciente o tráfico privilegiado, é certo que preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, tendo direito subjetivo de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto” (fls. 9/10).

Entende que o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional, tendo em vista que a vedação genérica afronta os princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os subprincípios deste, quais sejam, da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Requer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 96/97.

Foram prestadas informações às fls. 104/117.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wallace de Oliveira Bastos, pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 120/124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.096 - MG (2010/0049273-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal *a quo* que o paciente integra organização criminosa, não incide a minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.
2. Para se concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
3. Tendo a reprimenda final permanecido em 5 anos de reclusão, incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, bem como o regime inicial aberto.
4. Condenado o paciente por tráfico de 65,84g de cocaína, acondicionada em 103 invólucros plásticos e mais 101 invólucros plásticos contendo 64,83g de cocaína, o regime adequado à espécie é o fechado.
5. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a impetrante, com o presente *mandamus*, em síntese: a) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; e b) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 39/40):

Considerando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e 42 da Lei 11.343/06, temos que:

A culpabilidade, ou seja, o juízo de censurabilidade incidente sobre o fato praticado pelo agente não excedeu a normal do tipo.

No tocante aos antecedentes, cuja melhor exegese é no sentido de que somente devem ser consideradas as condenações definitivas por fatos anteriores que não induzam reincidência, vê-se do documento de f. 94 que não há comprovação de que o acusado é reincidente. Por isso, considero



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorável ao denunciado esta circunstância.

A conduta social presume-se boa, em face da inexistência de elementos para se aferir.

A personalidade do agente é delineada pela conjugação de elementos hereditários e sócio-ambientais. No caso em apreço, não se produziu prova técnica apta a apontar eventual desvio de personalidade por parte do acusado. Assim, considero-lhe favorável tal circunstância.

As circunstâncias do crime justificam uma exasperação da pena, diante da razoável quantidade de drogas apreendidas. O motivo do crime foi o ganho fácil através da venda das drogas.

As conseqüências do crime de tráfico são nefastas e provocam grandes lesões à sociedade, porém, deixo de considerar em desfavor do acusado tendo em vista que, a meu ver, a pena abstrata do crime de tráfico é naturalmente alta uma vez que já foram consideradas pelo legislador brasileiro tais conseqüências.

Não há comportamento de vítima a ser analisado.

Como se vê, as circunstâncias não lhe são de todo favoráveis, pelo que fixo-lhe a pena base no mínimo legal: 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, presente circunstância atenuante da menoridade, motivo pelo qual, diminuo as penas do acusado em 1/6, fixando-as 05 (cinco) anos de reclusão 500 (quinhentos) dias-multa, as quais torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias agravantes, atenuante bem como causas de aumento ou diminuição de pena.

Atenta à necessidade de tornar efetiva a reprimenda, na esteira do artigo 60, do Código Penal, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário- mínimo, em razão da atividade do acusado.

Atenta às disposições do artigo 33 do Código Penal e do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 c/c o artigo 44 da Lei 11.343/06, o cumprimento da reprimenda dar-se-á inicialmente no regime fechado, em estabelecimento penal adequado.

É incabível, no caso, a substituição na forma do artigo 44 do Código Penal ao delito em tela, que exige tratamento mais rigoroso pelo seu reconhecido efeito danoso à sociedade. Ademais, o disposto no artigo 2º da Lei nº 8.072/90 c/c artigo 44 da Lei 11.343/06, equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos, determinando o cumprimento inicial da pena no regime fechado.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou (fls. 65/66):

Por último, quanto à causa de diminuição de pena prevista artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, agiu corretamente o Julgador ao deixar de reconhecê-la em benefício do recorrente, já que existem fortes indícios de que possui envolvimento com a organização criminosa conhecida como PCC, existente em São Paulo, mas com ramificações em vários estados da Federação.

(...)

Quanto ao regime inicial estabelecido para o cumprimento da pena privativa de liberdade, também não vejo como modificá-lo, pois o artigo 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º, da Lei 8.072/90, determina que, nos crimes equiparados a hediondos, como é o caso do tráfico de drogas, a pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Também não há como substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou deferir o *sursis*, tendo em conta que o crime foi praticado após a edição da Lei 11.343/2006, encontrando o pleito expressa vedação no artigo 33, § 4º, da referida lei, o qual se aplica ao caso em tela - a despeito da Lei 11.464/2007 - pelo critério da especialidade.

Mister sublinhar, inicialmente, que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, o julgado em xequê, com base nos fatos da causa, concluiu que existem fortes indícios de que o réu possui envolvimento com a organização criminosa conhecida como PCC (fl. 85), sendo, incabível a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente possui envolvimento com organização criminosas - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que é não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em seu poder - aproximadamente 70 quilos de cocaína, distribuídos em 70 pacotes.

2. Para concluir-se que o condenado não se dedicava a atividades ilícitas nem seria integrante de organização voltada à prática de crimes, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada.

(HC 206.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. VIA INADEQUADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. *QUANTUM* DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. 13 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. O *writ* não foi criado para a finalidade aqui empregada, de discutir a dosimetria da pena. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

4. *In casu*, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, pois foram adotados fundamentos concretos para justificar a dosimetria da pena, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto. Foi ressaltada a grande quantidade de entorpecente apreendida (cerca de 13 kg de cocaína), bem como indicado que o paciente integra associação criminosa, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar o exame das provas. Sobre o tema, deve-se ter em conta o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, segundo o qual "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

5. *Habeas corpus* denegado.

(HC 135.846/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. As penas-base dos réus foram fixadas fundamentadamente acima do mínimo legal em razão da expressiva quantidade de droga apreendida, em consonância com o art. 42 da Lei de Drogas, ressaltando-se, ainda, a existência de antecedente negativo quanto ao réu (...).

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

3. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora os pacientes sejam primários, não atendem ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que concluído pela instância ordinária que integram organização criminosa.

4. Para concluir em sentido diverso, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes do STJ e do STF.

5. Ordem denegada.

(HC 162.375/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 19/10/2011)

Do Supremo Tribunal Federal, colhem-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. 1. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA EM *HABEAS CORPUS*. 3. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, integra organização criminosa. Precedente.

2. Afastar a premissa de que o Paciente integra organização criminosa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*.

3. Não há falar em contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República, pois, embora em sentido contrário à pretensão do ora Paciente, o juízo da 4ª Vara de Guarulhos/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o Superior Tribunal de Justiça apresentaram suficiente fundamentação ao decidir pela inaplicabilidade da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. Ordem denegada.

(HC 109.991/SP, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 07/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. COMBINAÇÃO DE LEIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *WRIT* DENEGADO.

(...)

6. Por fim, vale ressaltar que, para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

7. No caso concreto, por força dos estreitos limites do *habeas corpus*, não há como verificar se o paciente, efetivamente, não se dedicava às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas, nem integrava organização criminosa.

8. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006).

9. *Writ* denegado.

(HC 98.766/MG, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, Dje 04/03/2010)

Não sendo aplicada a aludida causa de diminuição, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto o acusado não preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

(...)

No caso em tela, a reprimenda final do paciente restou fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*.

Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REPRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.

1. Se a pena-base imposta ao paciente já foi fixada no mínimo legal, qual seja, 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, falta interesse de agir à impetrante no tocante ao pedido de redução da pena-base ao piso previsto em lei.

2. Não há que se falar em substituição da pena, pois, nos termos do inciso I do artigo 44 do Código Penal, somente faz jus a esse benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o que não se verificou no presente caso.

3. Em que pese que a Sexta Turma desta Corte de Justiça venha se posicionando no sentido de que é possível a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade àqueles condenados pela prática de tráfico de drogas, devendo-se levar em consideração, para tanto, as diretrizes previstas nos arts. 33 e 59, do Código Penal, não tendo lugar a aplicação literal do dispositivo inserido na lei de Crimes Hediondos, constata-se, no presente caso, que a adoção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime fechado está devidamente justificada diante da variedade e quantidade de droga apreendida - 9 buchas de maconha, 57 pedras de crack e 50 gramas de cocaína -, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegado.

(HC 186.978/ES, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 11/04/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENAS SUPERIORES A QUATRO ANOS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS E SEM MAUS ANTECEDENTES. IMPROPRIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL.

1. Com a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, inexistente, agora, qualquer empecilho legal quanto à concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que acusado atenda os requisitos legais.

2. No presente caso, a soma das penas privativas de liberdade aplicadas aos Pacientes foi superior a quatro anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

3. Não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

4. Os elementos delineadores do crime de tráfico de entorpecentes, não podem servir de fundamento na fixação do regime inicial de cumprimento da pena, vez que já considerados na escala da pena prevista em lei.

5. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Ordem parcialmente concedida tão-somente para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta à Paciente Andréia de Paula Melo.

(HC 53.397/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 279)

O mesmo raciocínio se aplica à pretendida fixação de regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda. Isso porque, não havendo qualquer diminuição da reprimenda, fixada em patamar superior a 4 anos, incabível o regime pretendido.

Insta salientar, por oportuno, que, embora a pena não supere 8 anos, o regime semiaberto não satisfaz a resposta penal, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 65,84g de cocaína, acondicionada em 103 invólucros plásticos e mais 101 invólucros plásticos contendo 64,83g de cocaína, (fls. 22/23). Tais circunstâncias atraem a incidência do disposto no art. 42 da Lei de Drogas, segundo o qual o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social do agente"

Assim, as peculiaridades do caso concreto não só impedem o regime mais brando, mas, antes de mais nada, recomendam regime mais rigoroso, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta.

Dessarte, penso que, na situação *in casu*, o regime que se mostra razoável é mesmo o fechado.

Em caso análogo, fixei:

PENAL. TRÁFICO. REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A quantidade apreendida da droga atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

2. Condenada a ora paciente por tráfico de grande quantidade de droga, 522,6 gramas de "maconha", o regime mais adequado é o fechado, embora a quantidade de pena seja de 1 ano e 8 meses de reclusão.

3. Ordem denegada.

(HC 169.075/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

Constata-se, portanto, que a insurgência não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0049273-4

HC 166.096 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10271091287406 271091287406

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA
ADVOGADO : ANDREA ABRITTA GARZON TONET - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RENATO RODRIGUES DE SOUZA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.